

AN: Mandanten

VON: P+P Pöllath + Partners

DATUM: 6. März 2009

ZU: Neu: Gesetz zur Beschränkung Ausländischer Investitionen in Deutschland

TO: Clients

FROM: P+P Pöllath + Partners

DATE: 6 March 2009

RE: New: Bill on the Limitation of Foreign Investments in Germany

Am 6. März 2009 hat der Bundesrat die bereits vom Bundestag beschlossene Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes und der Außenwirtschaftsverordnung gebilligt. Das neue Gesetz wird in den nächsten Wochen verkündet.

Folgende Beschränkungen von Investitionen durch Ausländer in Deutschland sind nunmehr vorgesehen:

Gegenstand:

Genehmigungsrecht durch Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi)

- bei unmittelbarem oder mittelbarem Erwerb von mindestens 25 % der Stimmrechte an einem Unternehmen mit Sitz oder Ort der Geschäftsleitung innerhalb der Bundesrepublik Deutschland
- durch Erwerber mit Sitz oder Ort der Leitung außerhalb der Europäischen Gemeinschaften (EU)/ Europäischen Freihandelszone (EFTA).

On 6 March 2009, an amendment of the External Economic Relations Act already passed by the German Parliament was approved by the German Federal Council. The new bill will be enacted in the next couple of weeks.

Now, the following limitations on investments by foreigners in Germany are envisaged:

Subject Matter:

Right of approval of German Ministry of Economics and Technology (GMET)

- in case of each direct or indirect acquisition of at least 25 % of the voting rights in a company with its statutory seat or management inside the Federal Republic of Germany
- by an acquirer with its statutory seat or management outside of the European Union (EU)/European free-trade area (EFTA).

P+P München

Kardinal-Faulhaber-Straße 10 80333 München
Tel.: +49 (89) 24240-0 Fax: +49 (89) 24240-999

Prof. Dr. Reinhard Pöllath, LL.M., RA, FAStr • Dr. Matthias Bruse, LL.M., RA • Dr. Andrea von Drygalski, RAin • Andres Schollmeier, RA, FAStr • Dr. Michael Best, StB • Philipp von Braunschweig, LL.M., RA • Otto Haberstock, M.C.J., RA • Dr. Margot Gräfin von Westerholt, RAin • Dr. Benedikt Hohaus, RA, FAStr • Dr. Michael Inhester, RA • Richard Engl, StB • Jens Hörmann, RA • Dr. Frank Thiäner, RA • Dipl.-Kfm. Alexander Pupeter, RA, StB • Dr. Alice Broichmann, RAin • Dr. Georg Greitemann, LL.M., RA • Dr. Christoph Philipp, LL.M., RA • Dr. Barbara Koch-Schulte, RAin, StBin • Dr. Frank Bayer, StB • Thilo Oldiges, RA • Dr. Ralf Bergjan, LL.M., RA, FAHuGR • Christian Tönies, LL.M.Eur, RA • Benjamin Waitz, MEB, RA • Dr. Stephan Viskorf, RA, StB • Dr. Bernd Graß, LL.M., RA

P+P Frankfurt/Main

Zeil 127 60313 Frankfurt/Main
Tel.: +49 (69) 247047-0 Fax: +49 (69) 247047-30

Dr. Andreas Rodin, RA • Wolfgang Tischbirek, LL.M., RA, StB • Patricia Volhard, LL.M., RAin

Prof. Dr. Ingo Saenger
Of Counsel (Ständiger wissenschaftlicher Berater)

Partnerschaftsgesellschaft; Sitz Berlin
AG Berlin-Charlottenburg PR 64
<http://www.pplaw.com>

P+P Berlin

Potsdamer Platz 5 10785 Berlin
Tel.: +49 (30) 25353-0 Fax: +49 (30) 25353-999

Prof. Dr. Dieter Birk, StB • Dr. Thomas Töben, StB • Andreas Wilhelm, RA • Dr. Matthias Durst, RA • Dr. Carsten Führling, RA • Uwe Bärenz, RA • Dr. Stefan Lebek, RA • Amos Veith, LL.M., RA • Dr. Andreas Richter, M.A., LL.M., RA, FAStr • Silke Hecker, M.Env.Sc., RAin, FAVwR • Raphael Söhlke, RA • Dipl.-Kfm. Konrad Enderlein, StB • Kim Delphine Weber, RAin • Dr. Philip Schwarz van Berk, LL.M., RA • Annabel Klisch, RAin • Ronald Buge, RA • Tarek Mardini, LL.M., RA

Rechtsfolgen:

- Prüfungsrecht des BMWi hinsichtlich einer Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland innerhalb einer Drei-Monatsfrist nach (schuldrechtlichem) Erwerb,
- Eingriffsrecht des BMWi (nach vorheriger Zustimmung der Bundesregierung) innerhalb von zwei Monaten nach Eingang der vollständigen Unterlagen,
- Beschränkungen nur bei Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland zulässig und
- Schuldrechtlicher Erwerb steht unter der auflösenden Bedingung der Untersagung durch das BMWi.

Empfehlungen:

Anspruch des Erwerbers auf Erteilung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung innerhalb eines Monats nach Eingang des Antrags nutzen, wenn keine Bedenken im Hinblick auf eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland bestehen.

Im Einzelnen:

I. Erwerb von mindestens 25 % der Stimmrechte

Voraussetzung für eine Genehmigungs-Beschränkung ist der unmittelbare oder mittelbare Erwerb von mindestens 25 % der Stimmrechte an einem Unternehmen mit Sitz oder Ort der Geschäftsleitung innerhalb der Bundesrepublik Deutschland.

II. Erwerber mit Sitz außerhalb der EU/EFTA

Der zu genehmigende Erwerb hat durch einen gemeinschaftsfremden und damit von einem außerhalb der EU/EFTA ansässigen Erwerber zu erfolgen. Zweigniederlassungen und Betriebsstätten des Erwerbers in Deutschland (z. B. bei einer deutschen Tochter eines internationalen Konzerns) gelten als gemeinschaftsfremd. Das BMWi kann auch den Erwerb durch ein gemeinschaftsansässiges Unter-

Legal Consequences:

- Right of GMET to ask review of the acquisition with respect to an endangerment of the public order or security of the Federal Republic of Germany within a three-month-period after signing;
- GMET's power to intervene (after previous approval of the federal government) within two months after receipt of the complete documents;
- limitations permissible only upon endangerment of public order or security of the Federal Republic of Germany; and
- acquisition subject to the condition subsequent of prohibition by the GMET.

Recommendations:

Use the right to get a clearance certificate within one month after submission of the application, if no concerns exist with respect to an endangerment of public order or security of the Federal Republic of Germany.

In Detail:

I. Acquisition of at least 25 % of voting rights

The indirect or direct acquisition of a minimum of 25 % of the voting rights in a company with its statutory seat or management in the Federal Republic of Germany is the basic condition for the restriction for approval.

II. Acquirer with its seat outside the EU/EFTA

The acquisition to be approved shall be made by a company with its statutory seat or management outside of the EU/EFTA. Branch offices or places of business in Germany (e.g. the German subsidiary of a multinational company) are considered to be companies outside the EU/EFTA. The GMET may also review the acquisition made by a company with its seat or management inside the EU/EFTA if indi-

nehmen prüfen, wenn es Anzeichen für eine missbräuchliche Gestaltung oder ein Umgehungs-geschäft gibt.

III. Drei-Monatsfrist für Überprüfung

Innerhalb einer Frist von drei Monaten beginnend mit dem Abschluss des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts (z. B. mit Abschluss des Kaufvertrages) bzw. mit Veröffentlichung der Entscheidung zur Abgabe des Übernahmeangebotes oder Veröffentlichung der Kontrollerlangung kann das BMWi sich für eine Prüfung des Erwerbes mit Blick auf eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland entscheiden und die vollständige Übermittlung der Unterlagen über den Erwerb verlangen.

IV. Eingriffsrecht innerhalb von zwei Monaten

Nach Eingang der (vollständigen) Unterlagen hat das BMWi mit vorheriger Zustimmung der Bundesregierung dann weitere zwei Monate Zeit, den Erwerb mittels Verwaltungsakts zu untersagen oder Anordnungen zu erlassen. **Deshalb kann die Schwebezeit, in der das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft rückwirkend aufgehoben werden kann, fünf Monate und mehr betragen.**

V. Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit

Eine Untersagung des Erwerbs ist nur in den Ausnahmefällen möglich, in denen die Untersagung aus Gründen der Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland unerlässlich ist. Hierbei muss in Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegen. Der EuGH hat die Betroffenheit der öffentlichen Sicherheit bisher bei der Sicherstellung der Versorgung im Krisenfall in den Bereichen Telekommunikation und Elektrizität und der Gewährleistung von Dienstleistungen von strategischer Bedeutung anerkannt. Es bedarf bei restriktiver Auslegung stets einer konkreten Überprüfung des Einzelfalles unter Beachtung

cations of structuring abuse or circumvention exist.

III. Three-month-period for review

Within three months, beginning upon conclusion of the obligation to acquire a company (e.g. upon signing sale and purchase agreement), respectively upon publication of the decision to make a takeover bid or publication of obtainment of control, GMET has the right to decide whether a review of the acquisition with respect to an endangerment of the public order or security of the Federal Republic of Germany is necessary and may require the complete delivery of documents relating to the acquisition.

IV. Right to intervene within two months

After receipt of the (complete) documents and after prior approval of the federal government, the GMET has an additional period of two months to issue orders or a prohibition of the acquisition by means of the administrative act. **Thus, the interim period during which an obligation to acquire may be retroactively rescinded can be five months and more.**

V. Endangerment of the public order or security

A prohibition of the acquisition is only possible in exceptional cases in which the prohibition is necessary for reasons of endangerment of public or security of the Federal Republic of Germany. This requires a de facto and sufficiently serious endangerment according to the case law of the European Court of Justice. The European Court of Justice has previously recognized the effect on public security in the safeguarding of supplies in case of crisis in the areas of telecommunications and electricity and the guarantee of strategically important services. In a restricted interpretation, a special examination of the individual case is always necessary, taking into consideration the principle of proportionality.

des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

VI. Schuldrechtlicher Erwerb unter auflösender Bedingung

Der dem Erwerb zugrunde liegende schuldrechtliche Vertrag steht während des gesamten Verfahrens unter der auflösenden Bedingung der Untersagung. Das bedeutet, dass der dingliche Erwerb des Unternehmens uneingeschränkt wirksam geworden ist, im Falle einer nachträglichen Untersagung das Unternehmen jedoch zurück zu übertragen wäre.

VII. Unbedenklichkeitsbescheinigung

Jeder durch das Gesetz betroffene Erwerber hat einen Anspruch auf Erteilung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung gegenüber dem BMWi, wenn dem Erwerb keine Bedenken im Hinblick auf die Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland bestehen. Hierzu bedarf es eines schriftlichen Antrages an das BMWi. Der Antrag auf Erteilung der Unbedenklichkeitserklärung bedarf einer Beschreibung des geplanten Erwerbs und Angaben zum Erwerber und dessen Geschäftsfeld. **Die Unbedenklichkeitserklärung gilt als erteilt, wenn das BMWi nicht innerhalb eines Monats nach Eingang des Antrags ein Prüfverfahren einleitet.**

VI. Obligatory acquisition under the condition subsequent

The obligation which is the basis of the acquisition shall be subject to the condition subsequent of prohibition during the entire proceeding. This means that the assignment of the company becomes valid without limitation but, in case of subsequent prohibition, must be reassigned.

VII. Clearance certificate

Each acquirer affected by this law has a right upon issuance of a clearance certificate vis-à-vis the GMET if no concerns exist with respect to the endangerment of the public order or security of the Federal Republic of Germany. For this purpose, a written application to the GMET is mandatory. The application for a clearance certificate requires the description of the scheduled acquisition and information about the acquirer and its business. **The clearance certificate is considered to be granted if the GMET has not instituted review procedures within a period of one month beginning upon receipt of the application.**

P+P München / P+P Munich

Dr. Andrea von Drygalski
+49 (89) 24 240 - 320
andrea.drygalski@pplaw.com

Dr. Ralf Bergjan LL.M.
+49 (89) 24 240 - 323
ralf.bergjan@pplaw.com